

Contratos no Código do Consumidor: pressupostos gerais

PAULO LUIZ NETO LÔBO^(*)
Doutor em Direito (USP)

SUMÁRIO: 1. Relação contratual de consumo. 2. O requisito da atividade para a caracterização da relação de consumo. 3. O regime do Código do Consumidor. 4. Formas básicas de contratos no Código do Consumidor. 5. Nulidade das cláusulas abusivas. 6. O pressuposto da cognoscibilidade para eficácia dos contratos de consumo. 7. A regra básica de interpretação dos contratos de consumo.

1. Relação contratual de consumo

O ponto de partida que se impõe ao operador do direito, para a correta identificação do regime jurídico aplicável aos contratos, após o advento do Código do Consumidor, é a existência ou não de uma relação jurídica qualificada: a relação de consumo.

A relação de consumo constitui o divisor de águas entre o direito contratual comum (civil o comercial) e o direito contratual do consumidor.

Presente a relação de consumo, o direito e a legislação contratuais comuns passam a ter uma função meramente supletiva.

Não há, a rigor, contratos diferenciados no Código do Consumidor. Os contratos são os mesmos do direito comum. A nota distintiva é a **função** que assumem de suporte das relações de consumo, cobrando regime jurídico próprio.

São, pois, contratos **funcionalmente** diferenciados, sem embargo da identidade de sua natureza formal.

A relação contratual comum tem como pressuposto a igualdade dos poderes contratuais das partes. Supõe a negociação prévia entre juridicamente iguais, consubstanciada no esquema clássico: oferta e aceitação. O liberalismo jurídico

(*) Procurador do Estado, em Alagoas — Professor de Direito Civil na UFAL.

repudiava a tutela legal dos mais fracos, porque a igualdade jurídica deve fazer abstração das desigualdades materiais dos figurantes contratuais.

A relação contratual de consumo é juridicamente desigual porque faz emergir o efetivo poder contratual das partes. É aquela que se dá entre quem exerce atividade profissional organizada (denominado **fornecedor**) e o eventual adquirente ou utente dos bens ou serviços que forneça ao público (denominado **consumidor**).

A relação contratual de consumo caracteriza-se pela ostensiva e necessária tutela jurídica de uma das partes, como princípio delimitador do poder contratual dominante do fornecedor. Essa tutela é indisponível e se dá apesar da inércia ou aceitação do próprio consumidor, por força do que dispõe o art. 170, V, da Constituição.

A natureza de poder contratual dominante do fornecedor é presumida pela lei, mesmo quando se depare com eventual consumidor economicamente mais forte.

A configuração das partes da relação contratual de consumo é ampla, como se depreende dos arts. 2.º e 3.º do Código do Consumidor. Quanto ao fornecedor, nenhuma atividade econômica se exclui de seu significado. Em relação ao consumidor, no entanto, a tutela legal não abrange o consumidor intermediário (o que adquire ou utiliza bens e serviços destinados ao desenvolvimento de sua própria atividade): o beneficiário é apenas o **consumidor final**, assim pessoa física como jurídica.

É certo, no entanto, que os contratos realizados entre fornecedor e consumidor intermediário (entidade empresarial) podem estar tutelados pelo regime jurídico das condições gerais dos contratos (mais abrangente do que a legislação protetiva do consumidor final), que se desenvolve no mundo inteiro, como salientamos em obra que destinamos ao tema⁽¹⁾.

O direito brasileiro, mesmo antes do Código do Consumidor, repelia as cláusulas abusivas mais frequentes, não se restringindo às relações com o consumidor final. A título de exemplo, os tribunais, inclusive o Supremo Tribunal Federal, sempre desconsideraram a suposta cláusula de eleição de foro, em contratos de adesão, que beneficiavam o domicílio da empresa predisponte (fornecedor), mesmo quando o bem ou serviço não se destinasse a consumidor final mas a atividade de outra empresa.

O regime jurídico das condições gerais dos contratos continua sendo aplicável a essas situações, não abrangidas pelo Código do Consumidor. Mercê do balizamento legal do Código, contudo, a relação contratual de consumo não as alcança, salvo como normas supletivas ou por interpretação extensiva ou analógica.

2. O requisito da atividade para a caracterização da relação de consumo

A ciência jurídica vem distinguindo ato de atividade, esta última denotando um complexo de atos teleologicamente orientados, tendo continuidade e duração dirigidas a um fim⁽²⁾. A atividade deve sempre tender a um resultado, constituindo um comportamento orientado.

A atividade econômica determina a noção de empresa, concebida tanto como puro fato econômico quanto como fato jurídico. No Projeto de Código Civil (n.º 634-B, de 1975, ainda em tramitação no Congresso Nacional), na esteira do Código Civil italiano de 1942, a atividade informa o conteúdo conceptual de empresário, tendo por finalidade a "produção ou circulação de bens ou de serviços".

A atividade pode ser mais ou menos controlada pela lei ou por fatores econômicos. A lei pode estabelecer vedações, proibições, a exemplo da lista de cláusulas abusivas, e, ainda, requisitos de validade ou fatores de eficácia, que não se voltam apenas aos atos mas à atividade para qual estão funcionalizados.

Para os fins do Código do Consumidor, exerce atividade quem se enquadra no tipo de fornecedor previsto no art. 3.º. Note-se que ali está explícita a referência ao desenvolvimento "de atividades".

Portanto, atos jurídicos isolados não constituem atividade e, por suposto, não se inserem em relação contratual de consumo, quando não promanarem de fornecedor.

Utilizemos um exemplo esclarecedor: o contrato de locação de imóvel. Quem oferece imóveis próprios ou de terceiros para aluguel, em caráter permanente e de forma organizada, seja pessoa física, entidade não-personificada ou pessoa jurídica, desenvolve atividade e assume a posição de fornecedor em relação contratual de consumo. Neste caso, além da legislação específica (que também é protetiva da parte contratual débil) aplica-se o Código do Consumidor. Quem aluga imóvel ou imóveis de sua propriedade, mediante atos isolados, não exerce atividade e não se insere em relação contratual de consumo, não se lhe aplicando o Código de Consumidor.

3. O regime do Código do Consumidor

O Código cuida da matéria no Capítulo VI, sob o título "Da proteção contratual". Em verdade, trata-se de proteção do contratante consumidor.

O Capítulo divide-se em três partes: uma geral, compreensiva de todos os contratos de consumo, uma sobre as cláusulas abusivas e a última sobre os contratos de adesão a condições gerais.

Decorre da primeira parte que o legislador pretendeu atingir todos os contratos utilizados nas relações de consumo, e não apenas os contratos de adesão a condições gerais, estes últimos seus destinatários naturais.

Assim, as cláusulas abusivas poderiam estar presentes em qualquer de suas espécies, ao contrário de experiência legislativa estrangeira. Com efeito, as leis específicas estrangeiras remetem as cláusulas abusivas às condições gerais dos contratos, como sucede na lei alemã de 1976 (AGB-Gesetz), e na lei portuguesa de 1985 (cláusulas contratuais gerais).

Sustentamos alhures⁽¹⁾ que a disciplina das cláusulas abusivas, no Código do Consumidor, não alcançaria os contratos de consumo oriundos de acordo entre as partes, mas sim os contratos de adesão a condições gerais. Aos contratos negociados seriam aplicáveis as regras das disposições gerais (arts. 46 a 50), incluindo os pressupostos de cognoscibilidade, do dever de informar do fornecedor, os critérios de interpretação, o direito de arrependimento, e de garantia contratual, além das normas conexas, tais como as relativas à responsabilidade por fato ou vício do produto ou serviço e às práticas comerciais.

Não é esta a orientação entre os demais doutrinadores, que entendem, inclusive em virtude da distribuição da matéria no Capítulo VI, que a disciplina é abrangente de qualquer tipo de contrato de consumo⁽²⁾.

Para os efeitos do Código, considera-se ou equivale-se ao contrato qualquer manifestação de vontade negocial do fornecedor, dirigida aos consumidores em potencial, pouco importando o suporte material que utilize: módulos, formulários, prospectos, anúncios, documentos de publicidade, recibos, pré-contratos (v. art. 48).

A informação e a publicidade obrigam o fornecedor à conclusão do contrato (art. 30), que se dá por realizada quando há negativa em cumprir o anunciado, com possibilidade de execução específica da obrigação, referida no art. 84.

O pré-contrato, na relação contratual de consumo, deixa de ser uma obrigação de fazer (concluir outro contrato), quando houver descumprimento por parte do fornecedor. Nesta hipótese o pré-contrato dispensa o contrato definitivo, podendo o objeto deste ser atingido mediante execução específica. (v. art. 48).

No Capítulo VI, o dirigismo legislativo do contrato (e a *fortiori* judicial) atinge seu ponto culminante, fixando nesta sede o sentido de "defesa do consumidor" determinado na Constituição.

4. Formas básicas de contratos no Código do Consumidor

Qualquer contrato típico ou atípico pode ser utilizado na relação de consumo. O regime jurídico aplicável, contudo, será diferente do paradigma comum.

Os contratos podem apresentar duas formas básicas:

- a) contratos negociados;
- b) contratos de adesão a condições gerais.

Os contratos negociados, nas relações de consumo, tendem a perder importância e à reduzida utilidade, porque as relações de consumo se dão ordinariamente de maneira impessoal, na sociedade de massas e de economia oligopolizada.

O espaço de negociação nesses contratos é estreito, diante da desigualdade evidente de poderes contratuais entre quem se organiza em atividade profissional e quem deseja realizar ato isolado de aquisição ou utilização de bem ou serviço, sem o domínio das informações especializadas do outro.

De qualquer sorte, a *ratio legis* é da uniformização do regime jurídico a qualquer tipo de contrato de consumo, seja negociado ou de adesão a condições gerais.

A preocupação da doutrina com as condições gerais tem sua razão de ser. Segundo pesquisas ou estimativas dos tratadistas da matéria, na atualidade, as condições gerais dos contratos dominam as relações de consumo. Nos Estados Unidos, cerca de 99% dos contratos concluídos são de adesão às condições gerais predispostas pelo fornecedor, grande ou pequeno⁽³⁾.

As condições gerais ostentam as seguintes características:

- a) predisposição unilateral;
- b) generalidade e uniformidade;
- c) abstração;
- d) inalterabilidade;
- e) eficácia concreta dependente de integração aos contratos individuais;
- f) complexidade dos termos empregados;
- g) dificuldade de conhecimento prévio do conteúdo;
- h) rapidez ou instantaneidade das transações;
- i) necessidade de consumo dos destinatários.

5. Nulidade das cláusulas abusivas

Consideram-se abusivas, nas relações de consumo, as condições contratuais que atribuem vantagens excessivas ao predisponte fornecedor e demasiada onerosidade ao consumidor, gerando um injusto desequilíbrio contratual.

As cláusulas abusivas são instrumento de abuso do poder contratual dominante, do fornecedor, em face da debilidade jurídica potencial do consumidor. Estabelecem conteúdo contratual iníquo, com sacrifício do razoável equilíbrio das prestações.

A disciplina legal das cláusulas abusivas deve ser aplicada pelo julgador, tendo presentes os pressupostos da razoabilidade e da busca do "justo equilíbrio entre direitos e obrigações das partes" ou do "equilíbrio contratual" (art. 51, §§ 1.º e 4.º).

Esses conceitos indeterminados devem ser preenchidos pela concretização mediadora do julgador, captando os **standards** éticos e jurídicos da comunidade, no tempo e no espaço, até porque a lista de cláusulas abusivas contida no art. 51 do Código é meramente exemplificativa, configurando uma tipicidade aberta.

Um valioso instrumento hermenêutico foi posto à disposição do julgador: a cláusula geral da boa fé e da equidade (art. 51, IV, e § 1.º). Trata-se da boa fé **objetiva**, como regra de conduta nas relações jurídicas obrigacionais. Interessam as repercussões de certos comportamentos na confiança que as pessoas normalmente nele depositam⁽⁶⁾. Supõe a conduta honesta, leal, correta. É boa fé de comportamento. O fornecedor cria uma situação sobre a qual o consumidor confia, em que não haverá comportamento enganoso ou abusivo.

O Código do Consumidor, ao optar por conceitos indeterminados e cláusula geral de boa fé, lançou sobre os ombros do julgador uma difícil tarefa, ampliando seus poderes no tocante à revisão dos contratos. A defesa do consumidor é sua finalidade, por mandamento legal e constitucional, mas essa tutela não é ilimitada: há de conter-se no âmbito do equilíbrio contratual.

As cláusulas abusivas são nulas "de pleno direito" (art. 51). O regime definido é o da nulidade e não qualquer outro, como o da anulabilidade ou o da ineficácia.

O direito cominou-lhe o grau mais elevado de invalidade, porque a tutela legal do consumidor opera apesar dele. O interesse lesado não pertence individualmente ao consumidor contratante, mas a toda comunidade potencialmente prejudicada. Daí a nulidade poder ser suscitada judicialmente não só pelo consumidor (ação individual) mas pelo Ministério Público, por associações civis ou pela autoridade pública (ação civil pública).

O princípio da conservação do contrato, adotado pelo Código (art. 51, § 2.º), permite a validade do contrato na parte que remanescer, salvo se ocorrer ônus excessivo a qualquer dos contratantes. Mais uma vez, a regra fundamental é a do equilíbrio das posições contratuais.

6. O pressuposto de cognoscibilidade para eficácia dos contratos de consumo

O Código do Consumidor cristalizou em seu art. 46 um dos pontos mais importantes da evolução do direito do consumidor, no mundo. Diz que os contratos

só obrigarão os consumidores se lhes for dada oportunidade de "tomar conhecimento prévio de seu conteúdo" e de "compreensão de seu sentido e alcance".

A cognoscibilidade, não como ato mas como potência, abrange a virtualidade do conhecimento (poder-conhecer) e da compreensão (poder compreender). Conhecer e compreender não se confundem com aceitar ou consentir. Não há declaração de conhecer. O contratante consumidor nada declara.

A cognoscibilidade tem caráter objetivo; reporta-se à conduta abstrata. A situação concreta do consumidor individual ou sua declaração expressa de ter conhecido ou compreendido o que se obrigou é irrelevante ou secundária. O que importa é ter podido conhecer e ter podido compreender, a saber, se houve efetiva possibilidade e os meios para tal foram postos à sua disposição pelo fornecedor, não só a ele mas a qualquer outro consumidor.

Ao julgador compete verificar se a conduta concreta guarda conformidade à conduta abstrata tutelada pelo direito.

Somente assim o princípio de defesa do consumidor estará assegurado. A verificação da ocorrência do pressuposto de cognoscibilidade, em cada situação concreta, é prejudicial ao consumidor que, na sistemática do Código, é sempre o tipo médio destinatário do bem ou serviço fornecido. A declaração, ao final dos contratos de adesão, firmada pelo consumidor de que conhece e compreende todas as cláusulas e condições, que começa a se generalizar, não tem qualquer valor, porque cabe ao fornecedor provar que assegurou os meios para tal, com relação a todos os consumidores potenciais. Reforça-se esse raciocínio com a eficácia **erga omnes** ou **ultra partes** da sentença, quando a impugnação ao contrato for objeto de ação civil pública.

A cognoscibilidade correlaciona-se com o dever de informar imputável ao fornecedor, como típica obrigação de meios. Cabe ao fornecedor o ônus de demonstrar (inversão do ônus da prova) que forneceu os meios adequados para facilitar a virtualidade do conhecimento e compreensão por qualquer destinatário, cumprindo o dever de falar claro, de esclarecer, de tornar acessíveis os dados necessários, tendo sempre presente o contratante consumidor médio e não o letrado ou detentor de conhecimentos técnicos.

Procura-se proteger o consumidor contratante contra as assim chamadas **cláusulas de surpresa**, que aparentam um sentido equitativo ou até mesmo a ele favoráveis, quando do primeiro contato ou da primeira leitura, mas que encerram engenhosas formulações, provocando efeitos contrários ao que se supôs. Daí a exigência legal de fácil compreensão prévia e da garantia de ser esclarecido razoavelmente.

Quanto aos contratos de adesão a condições gerais, o Código (art. 54) exige que sejam redigidos "em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis". O uso de termos técnicos ou jurídicos incompreensíveis ao leigo comum, ou de caracteres minúsculos e de leitura penosa, leva à ineficácia das cláusulas. Não se trataria, a rigor, de cláusulas abusivas, aferíveis no plano da validade (nulidade), mas de ineficácia estrita, por ausência de fator legal de eficácia.

Ainda quanto aos contratos de adesão a condições gerais, o Código (art. 54) impõe como fator de eficácia às cláusulas limitativas de direito do consumidor o destaque. Redige-se com destaque quando se usam caracteres que chamam a atenção, em negrito, em letras maiúsculas, em tipos gráficos maiores ou diferentes, em cor diferente ou com um sinal de atenção. Corresponde à **reasonable notice** do direito de **common law**⁽⁷⁾.

7. A regra básica de interpretação dos contratos de consumo

A regra comum de interpretação dos negócios jurídicos é a contida no art. 85 do Código Civil:

"Nas declarações de vontade se atenderá mais à sua intenção que ao sentido literal da linguagem".

O Código Civil tem por fito não a intenção ou a declaração de cada parte contratante, mas a intenção comum e a declaração comum.

O dado cognoscível é sempre a declaração, por si só ou mediante a pesquisa da intenção das partes. É este o ponto de partida no estágio em que se encontra a doutrina jurídica, inclusive nos sistemas, como o brasileiro, que privilegiam a vontade comum, dando-se significado compreensivo à declaração: é texto e também contexto.

A vontade, o querido, há de estar contida na declaração. O que não foi declarado não entra no mundo jurídico. A intenção que não se declarou não pode servir à interpretação⁽⁵⁾.

A necessidade de indagar a intenção comum das partes exclui a análise separada da oferta e da aceitação, devendo referir-se ao acordo. A atividade hermenêutica pressupõe que o contrato seja concluído entre as partes e que tenha havido convergência ao menos sobre os elementos essenciais do negócio.

O Código do Consumidor elegeu outra regra básica, para compatibilizar a interpretação dos contratos de consumo com o princípio constitucional de defesa do consumidor. Diz o seu art. 47:

"As cláusulas contratuais serão interpretadas de maneira mais favorável ao consumidor".

Trata-se da recepção moderna da antiga regra *interpretatio contra stipulatorem*, conforme acentuou a doutrina italiana na análise de semelhante artigo do *Codice* (art. 1.370)⁽⁶⁾.

No âmbito das relações contratuais de consumo, o princípio do equilíbrio dos poderes contratuais, que perpassa o regime jurídico correspondente, realiza-se mediante o favorecimento do contratante consumidor médio, considerada a conduta abstrata.

A regra *contra stipulatorem* tem como limite final o equilíbrio contratual, pela equalização que ela opera. A interpretação favorável ao aderente não pode ir ao extremo de, em vez de equilibrar, promover o desfavorecimento excessivo do fornecedor.

Em hipótese alguma, na interpretação dos contratos de consumo, poderá ser aplicado o aforismo latino *in claris non fit interpretatio*, porque o sentido deve ser sempre direcionado a favorecer o consumidor médio ou típico.

A aplicação da regra tem alcance diferenciado em cada uma das duas formas de contratos de consumo: no contrato negociado, compatibiliza-se com o art. 85 do Código Civil, no contrato de adesão às condições gerais rejeita-se-o, por incompatibilidade.

No contrato de consumo negociado, o sentido atribuído à declaração comum, cuja investigação é de rigor, matiza-se com o favorecimento do consumidor contratante, quando houver dúvida de interpretação.

No contrato de adesão às condições gerais as regras comuns de interpretação são totalmente inaplicáveis. Nas condições gerais não há vontade ou declaração comum. A declaração do aderente não participa da formação das condições gerais.

As condições gerais não são declarações formadoras do contrato. Sua integração ao contrato individual é apenas no plano da eficácia concreta. O contrato existe, é válido, mas seus efeitos estão delimitados pelos efeitos das condições gerais predispostas pelo fornecedor.

As condições gerais dirigem-se uniformemente à generalidade dos contratos individuais que vierem a ser concluídos. É inconcebível obter-se uma intenção ou declaração comum de todos os contratantes aderentes em conjunto (atuais ou potenciais).

Haveria possibilidade de investigar-se a intenção comum se as condições gerais integrassem a oferta, mesmo como oferta ao público, e pudessem ser objeto de acordo, de negociação, em cada contrato individual. Mas as condições gerais, além do caráter de generalidade, são abstratas e prosseguem sendo abstratas quando integrados seus efeitos aos contratos. Sua interpretação é uniforme, idêntica, comum a todos os contratos.

A pesquisa da intenção comum, nas condições gerais, conduziria a ressaltar a vontade única do fornecedor predisponente, sobretudo quando a simples interpretação literal fosse considerada suficiente para resolver o conflito de interesses. Dificilmente pode acontecer que na base da interpretação de condições predispostas possa ser encontrado um significado desfavorável ao predisponente.

Em suma, é incompatível com o princípio constitucional de defesa do consumidor a interpretação das condições gerais que parta da investigação de uma inexistente declaração comum.

Sendo gerais, uniformes, impessoais, as condições gerais dos contratos de adesão devem ser interpretadas de maneira objetiva, em face de paradigmas fundamentais:

- a) do favorecimento do consumidor médio ou típico;
- b) do equilíbrio dos poderes contratuais.

As condições gerais, por sua natureza, destinam-se a uma coletividade, a uma pluralidade de pessoas. O intérprete deve levar em conta essa qualidade de incidirem sobre a vida de uma determinada sociedade, ou ao menos de uma sua parte. O interesse perseguido não tem a medida de um indivíduo, mas a de um grupo formado pelo fornecedor e todos os consumidores destinatários (reais ou potenciais).

A interpretação é objetiva e típica por prevalecerem circunstâncias externas à vontade, partindo-se de um tipo a que se atribui um resultado uniforme, sem ter em conta aquela que no caso concreto possa ser a efetiva e diversa opinião das partes. Os comportamentos são apreciados em seu valor típico.

8. Notas bibliográficas

(1) LÓBO, Paulo Luiz Neto, *Condições gerais dos contratos e cláusulas abusivas*. São Paulo: Saraiva, 1991, *passim*.

(2) Cf. PANNUCCIO, Vincenzo, *Teoria giuridica dell'impresa*. Milano: Giuffrè, 1974, págs. 98 e 102.

(3) *Condições gerais...*, cit., págs. 157-8.

(4) A respeito, NERY Jr., Nelson, in *Código brasileiro de defesa do consumidor*, Ada Pellegrini Grinover et. al. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992, pág. 297.

(5) Cf. SLAWSON, W.D., Standart form contracts and democratic control on law making power, *apud* Ewoud H. Hondius, *Le condizioni generali di contratto*. Milano: 1981, t. II, págs. 403-4.

(6) Cf. MENEZES CORDEIRO, Da boa fé no direito civil. Coimbra: Almedina, 1984, t. II, pág. 1.234.

(7) Cf. LAWSON, Richard, *Exclusion clauses*. London: Oyez Longman, 1993, págs. 5 e 69.

(8) PONTES DE MIRANDA, *Tratado de direito privado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1974, tomo III, pág. 334.

(9) Cf. MARZO, Salvatore di, *Le base rommanistiche del codice civile*. Torino: UTET, 1950, pág. 250.

